

## 论具体的方法错误

张明楷\*

事实认识错误分为具体的事实认识错误与抽象的事实认识错误。具体的事实认识错误,是指行为人认识的事实与实际发生的事实虽然不一致,但没有超出同一犯罪构成范围的情形(因而也被称为同一犯罪构成内的错误)。刑法理论一般认为,具体的事实错误包括对象错误、方法错误与因果关系的错误。<sup>〔1〕</sup>对于具体的事实错误,主要存在具体符合说与法定符合说的争论。<sup>〔2〕</sup>前者认为,行为人所认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时,才成立故意的既遂犯;后者主张,行为人所认识的事实与实际发生的事实,只要在犯罪构成范围内是一致的,就成立故意的既遂犯。<sup>〔3〕</sup>

具体的事实错误中的对象错误(或客体错误),是指行为人误将此对象当作彼对象加以侵害,而此对象与彼对象处于同一犯罪构成内,行为人的认识内容与客观事实仍然符合同一犯罪构成的情形。例如,行为人A本欲害仇人X,黑夜里误将亲生父亲Y当作X进行杀害。根据法定符合说,刑法规定故意杀人罪是为了保护人的生命,而不只是保护特定的X或者特定的Y的生命,因此,只要行为人主观上想杀人,而客观上也杀了人,就符合故意杀人罪的构成要件,成立故意杀人既遂。具体符合说也认为,这种对象错误并不重要,因而不影响故意犯罪既遂的成立。因为在行为的当时,行为人想杀的是“那个人”(Y),而事实上也杀了“那个人”(Y),因而属于具体的符合,成立故意杀人既遂。<sup>〔4〕</sup>换言之,在对象错误的场合,所谓的“行为人A本

\* 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版,页243。

〔2〕 由于具体符合说与法定符合说的共同点,是要求主观认识与客观事实在同一构成要件内相符合,故日本学者平野龙一认为,应当将具体符合说与法定符合说,分别称为具体的法定符合说与抽象的法定符合说(参见(日)平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,页175)。显然,抽象的法定符合说并不同于抽象符合说。本文除引文外,一般称为具体符合说与法定符合说。

〔3〕 刑法理论上还存在抽象符合说,但抽象符合说是针对抽象的事实错误所采取的一种学说。抽象符合说的基本观点是,在行为人的主观认识与客观事实分属不同构成要件时,至少在其中轻罪的限度内成立故意的既遂犯。但是,这种观点基本上已被淘汰。

〔4〕 (日)山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,页205-206; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 448f.

欲杀害仇人 X,”是指 A 事前想杀 X;但在行为时,A 认识到了自己要杀害眼前的“那个人”(Y),事实上也杀害了眼前的“那个人”(Y),因而属于具体的符合。<sup>[5]</sup> 所以,就这种对象错误而言,具体符合说与法定符合说的结论完全相同。但是,对于方法错误应当如何处理,刑法理论上则存在激烈争议。

## 一、方法错误的范围

方法错误(行为差误、打击错误),是指由于行为本身的差误,导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致,但这种不一致仍然没有超出同一犯罪构成的情形。例如,A 举枪射击仇人 X,但因没有瞄准而击中了旁人 Y,导致 Y 死亡(案例 1)。这是德国、日本等大陆法系国家刑法理论公认的方法错误的典型事例。

方法错误并非仅发生于以人为对象的犯罪中,也可能发生在以物为对象的犯罪中。例如,A 想杀害 X 饲养的狗而开枪,但因为没瞄准而击中了 Y 饲养的狗(案例 2)。A 的主观认识(杀害 X 饲养的狗——毁坏 X 的财物的故意)与客观事实(杀害 Y 饲养的狗——毁坏了 Y 的财物)不一致,但不管是 X 饲养的狗还是 Y 饲养的狗,都是刑法第 275 条规定的故意毁坏财物的对象,故 A 的认识错误没有超出同一犯罪构成,属于具体的方法错误。

我国有人认为,方法错误“这种情况与行为人主观认识错误无关,纯属客观行为的失误或行为误差,因此,不属于刑法上错误的范围。”<sup>[6]</sup> 这种观点将方法错误归结为行为的客观失误,因而得出了行为人主观上没有认识错误的结论。其实,认识错误理论所要解决的问题是,能否让行为人对现实发生的结果承担故意责任。在案例 1 中,存在着 A 应否对 Y 的死亡承担故意杀人既遂的责任的疑问,这正是认识错误理论所要解决的问题。所以,刑法上的事实认识错误并不限于行为人主观上发生了错误,而是指行为人的主观认识与客观事实不相符合的情形。<sup>[7]</sup> 在方法错误的情况下,行为人的主观认识(射击 X)与客观事实(打中 Y 并导致 Y 死亡)就是不一致的,应当放在认识错误中研究。案例 2 也是如此。倘若认为方法错误不属于认识错误,就必须另建立一套处理方法错误的理论。但事实上,对方法错误的处理,也是适用有关认识错误的理论的(以下将处理认识错误的理论称为错误论)。

当然,方法错误也并非泛指一切主观认识与客观事实不一致的情形。方法错误中的主观认识,是指犯罪的故意;客观事实,是指符合客观构成要件的事实(结果)。因此,其一,如果行为人主观上没有犯罪的故意,即使客观上发生了构成要件的结果,也不是方法错误的问题。例如,行为人本欲开枪杀死疯狗,但因为没瞄准,而射中了他人。由于行为人主观上没有犯罪

[5] 显然,如果就行为人行行为时的主观认识与客观事实而言,对象错误可谓没有“错误”。

[6] 何秉松主编:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社 2000 年版,页 336。笔者也曾发表过类似观点(参见张明楷:《犯罪论原理》,武汉大学出版社 1991 年版,页 306)。

[7] 当然不是指客观事实与主观认识不一致的一切情形。例如,A 本想盗窃 X 的手机,但客观上窃取的是 X 的掌上电脑。这种错误没有重要意义,不影响定罪。

的故意,因而不是方法错误,只是过失犯与意外事件的区分问题。<sup>[8]</sup>其二,如若行为人主观上具有犯罪的故意,但客观上没有造成构成要件的结果,也不是方法错误。例如,行为人本欲开枪杀害他人,但因为没有瞄准,而射中了一条疯狗。由于没有发生构成要件的结果,故不属于方法错误,只是未遂犯的问题(如不具有杀害他人的危险性,则是不可罚的不能犯)。<sup>[9]</sup>

显然,方法错误不同于我国刑法理论(以往)所称的手段错误或工具错误。例如,较早的教科书指出:

对手段的认识错误,即行为人对所采用的手段或方法能否造成危害结果的不正确认识。它可能表现为所采用的手段不足以造成危害结果,行为人误认为能够造成危害结果。例如某甲为了杀害他已嫌弃的女朋友,购买了四十粒利眠宁使其服下,实际上四十粒利眠宁并不能将人杀死。其女友昏睡一天多后又苏醒过来。……它也可能表现为所采取的手段足以造成危害结果,行为人误认为不能造成危害结果。例如李某误把敌敌畏当作药酒,给诉说患有腰疼病的客人喝,致客人中毒死亡。<sup>[10]</sup>

在本文看来,其中的前一种情形即某甲的行为,不是认识错误的问题,而是未遂犯与不可罚的不能犯的区别问题,应在未遂犯中讨论。因为不能犯原本是“与实行行为存在无形的关系,即在内容上毗邻的情形”,不能犯“缺乏本来构成要件预定的危险性,因而也就不符合实行行为的特征。”<sup>[11]</sup>换言之,就前一种情形而言,所要解决的问题是,某甲是否着手实行了杀人的实行行为,因而属于是否成立未遂犯的问题,而不存在某甲是否应对自己预想的死亡结果承担故意责任的问题。后一种情形即李某的行为,也不是认识错误,而是过失犯罪与意外事件的区分问题。因为就此情形而言,所要解决的问题是,李某对被害人的死亡是否存在过失,而不是对被害人的死亡是否承担故意责任的问题。新近的教科书中,也有的依然将上述前一种情形作为认识错误处理。<sup>[12]</sup>但本文所讨论的方法错误,不包括这类所谓的手段错误与工具错误。

## 二、错误论与故意论的关系

关于故意的内容,国外刑法一般没有作出明确规定,故刑法理论上存在诸多学说。<sup>[13]</sup>但可以肯定的是,故意的成立至少要求行为人对客观构成要件的事实具有认识。如果行为人只是对客观构成要件的事实具有认识可能性,却缺乏现实的认识,就只能成立过失犯罪。因此,

[8] 基于同样的理由,如果行为人本欲开枪打死疯狗,但黑夜里误将他人当作疯狗而开枪射击,导致他人死亡的,也不是对象错误,而是过失犯与意外事件的区分问题。

[9] 基于同样的理由,如果行为人本欲开枪射击他人,但黑夜里误将疯狗当作他人而开枪射击,导致疯狗死亡的,也不是对象错误,而是不可罚的不能犯与未遂犯的区分问题。

[10] 高铭暄主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,页142。

[11] (日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,页5-6。

[12] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,页136。

[13] 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,页215-217。

对客观构成要件的事实认识错误会影响故意,其中,有的会影响特定故意的成立与否,有的会影响行为人对现实发生的结果是否具有故意(影响犯罪的形态)。

如前所述,认识错误是指行为人的主观认识与客观事实不一致,并不一定意味着行为人主观上产生了错误的认识(本文所称认识错误,仅指事实认识错误)。刑法理论总是在与故意犯的关联上讨论认识错误,并不是在与过失犯的关联上讨论认识错误。<sup>[14]</sup> 于是,错误论与故意犯的关系,就成为重要问题。

一种观点认为,错误论是对故意实施行为整体(包括发生结果)的评价,具有与故意论不同的独立的作用,因而具有与故意论不同的原理。<sup>[15]</sup> 这种观点的实质是,在不能根据故意论认定行为人对某种结果具有故意时,可能或者可以根据错误论认定行为人对该结果具有故意。于是,错误论成为认定故意的另一途径。本文难以赞成这种观点。我国刑法第14条明文规定了故意的一般定义,此外,具体犯罪的客观构成要件规制了具体犯罪故意的认识内容与意志内容。显然,在行为人的主观内容不符合第14条规定的要求,对属于客观构成要件的事实缺乏认识时,不可能成立故意。在此情形下,当然不能将错误论作为认定行为人具有故意的途径。

另一种观点认为,错误论是故意论的反面。本文持此观点。因为,“刑法学中所讨论的错误,并非主观面与客观面之间存在不一致的所有情形,而是限于故意(犯)的成立与否成为问题的场合。客观面发生了某种重大的事项(如发生了人死亡的结果),主观面对一定的事态具有认识时,主观面的这种认识,可否认为是与该客观事实相对应的故意(如杀人罪的故意),才是刑法中的错误论的问题。”<sup>[16]</sup> 显然,认识错误与故意是表里关系,对认识错误的处理在于解决行为人对于发生的结果是否具有故意责任。所以,“必须维持‘错误论是故意论的反面(Kehrseite)’这一命题。因此,在故意成为问题的时候,不存在‘不适用错误论’的情形;在根据故意论不认为有故意的场合,也不能根据错误论认定有故意。”<sup>[17]</sup>

不过,也不能走向另一极端,认为错误论与故意论是完全等同关系。有的学者否认客观构成要件的故意规制机能,认为成立故意不要求认识到符合客观构成要件的事实,只要认识到事实的意义即可;换言之,只要对作为构成要件内容的不法、责任内容具有认识,就成立故意。反之,在行为人由于认识错误,导致其主观认识与客观事实属于不同犯罪构成时,只要两者的不法、责任内容相同,行为人对于没有预见的客观事实也应承担故意既遂犯的责任。<sup>[18]</sup> 于是,错误论便是故意论本身。但是,一方面,否认客观构成要件的故意规制机能,不利于对故意的认定,因而使构成要件丧失罪刑法定主义的机能。况且,持上述观点的学者同时认为,“成立故意犯,要求行为人……对所有与构成要件要素相对应的事实具有认识。”<sup>[19]</sup> 既然如此,客观构

[14] 例如,行为人误以为是自己的财物而毁坏,但实际上毁坏了他人财物。这不是错误论所解决的问题。

[15] (日)佐久间修:“错误论における结果归属の理论”,载福田平=大塚仁博士古稀祝贺论文集:《刑法学综合的检讨》(上卷),有斐阁1993年版,页146。

[16] (日)井田良、丸山雅夫:《ケーススタディ刑法》,日本评论社2004年版,页112。

[17] (日)平野龙一:《刑事法研究最终卷》,有斐阁2005年版,页3。

[18] (日)町野朔:《刑法总论讲义案I》,信人社1995年版,页229-230。

[19] 同上注,页220。

成要件就具有故意的规制机能。另一方面,在行为人没有发生认识错误的情况下,不必适用错误论,只需适用故意论;反之,在行为人发生了认识错误的情况下,才既需要适用错误论,也必须适用故意论。所以,错误论与故意论虽然是表里关系,但不宜等同化。

正因为错误论与故意论是表里关系,所以,行为人的主观认识与客观事实在何种程度上一致,既是故意的认识内容问题,也是错误论的问题。可以肯定的是,只有当行为人所认识的事实与实际发生的事实,在“构成要件的范围内”相符合时,才能在此限度内肯定故意的既遂犯。换言之,应当以构成要件为基准,判断某种事实是否属于作为故意的认识对象(或内容)的重要事实;如果对重要事实存在认识错误,就阻却故意的既遂犯;反之,则肯定故意的既遂犯。但问题在于,如何理解“构成要件”与“相符合”?一种观点认为,应当以构成要件要素为水准,对符合构成要件的事实进行一定抽象的把握,而不考虑符合构成要件要素的事实的个别性、具体性。倘若事实符合某种构成要件要素,其具体性则不是故意的认识内容。例如,故意杀人罪的构成要件要素中的“人”是重要内容,至于是谁、是什么人则并不重要。所以,故意杀人罪的成立要求行为人认识自己所杀的是人,而不要求认识到自己所杀的是谁、是什么人。<sup>[20]</sup>这正是法定符合说的主张。另一种观点也认为,应当以构成要件要素为水准,对符合构成要件的事实进行抽象的把握,但主张不能舍弃法益主体的个别性、具体性(甚至主张不能舍弃行为对象本身——如盗窃罪中的财物——的个别性、具体性),对于法益主体间的认识错误的案件,应按法益主体判断构成要件符合性。例如,在案例1中,A本欲杀X,但因为方法错误而杀害Y时,应分别按X与Y来判断构成要件符合性。显然,A对X成立故意杀人未遂,对Y成立过失致人死亡,<sup>[21]</sup>这正是具体符合说的主张。此外,还有介于二者之间的行为计划理论。

### 三、具体符合说

根据具体符合说,在方法错误的场合,由于客观事实与行为人的主观认识没有形成具体的符合,所以,在案例1中,A对X承担杀人未遂的责任,对Y则承担过失致人死亡的责任;由于只有一个行为,故二者属于想象竞合犯,从一重罪论处。显然,具体符合说重视法益主体的区别,认为故意的认识内容包括对具体的法益主体的认识。但在本文看来,具体符合说存在不少缺陷。

(1)根据具体符合说,在案例1中,由于只有一个行为,只能从一重罪论处,因而认定为故意杀人未遂。但在行为人具有杀人故意,客观上也杀害了他人的情况下,却认定为杀人未遂,有悖社会的一般观念。刑法理论不应当接受有悖社会一般观念的结论。因为犯罪的成立之所

[20] 参见(日)团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,页298;大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1997年版,页205;(日)大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2007年新版,页184-187;前田雅英,见前注[1],页246-247;Puppe, Zur Revision der Lehre vom “konkreten” Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ic-tus, GA 1981, S. 1;等等。法定符合说(即德国的等价说)在德国并非主流观点。

[21] 平野龙一,见前注[2],页175;(日)铃木茂嗣:《刑法总论(犯罪论)》,成文堂2001年版,页103-104;山口厚,见前注[4],页206;等等。具体符合说是德国刑法理论中的主流学说(Claus Roxin,见前注[4], S. 437f)。

以要求行为人具有非难可能性,重要原因之一就是缘于社会一般观念可以接受的观点。<sup>[22]</sup>换言之,在行为人没有故意、过失等表明非难可能性的要素的情况下,仅以其客观行为及其结果为根据追究行为人的责任,违背了社会的一般观念,或者说违背了国民的规范意识。既然如此,反过来,在讨论方法错误时,就不能不考虑将案例1中的A以杀人未遂论处,而不令其对Y的死亡结果承担故意责任,是否有悖社会的一般观念。

当然,“社会的一般观念”的理由可能缺乏说服力。持具体符合说的学者会举出其处理结论符合社会的一般观念的案件。例如,A以杀人故意对X开枪,但因为没瞄准,却打中了自己的女儿Y(案例3)。在具体符合说看来,认定A对X为故意杀人未遂,对自己的女儿Y成立过失致人死亡罪,反而是符合社会的一般观念的。因为社会的一般观念不会认为A对自己的女儿Y有杀人故意。但是,案例3不能成为具体符合说的根据。如前所述,就对象错误而言,具体符合说与法定符合说的结论完全相同。将案例略加改变,就会表明具体符合说的结论存在疑问。A持枪寻找仇人X,但在黑暗中误将自己的女儿Y当作X而杀害(案例4)。根据具体符合说,应认定A对Y的死亡承担故意杀人既遂的责任。因为A主观上就是想杀害眼前的“那个人”(Y),而事实上也杀害了“那个人”(Y),属于具体的符合。于是,具体符合说的论者会认为,社会的一般观念认为A对Y有杀人故意。这似乎有自相矛盾之嫌。显然,只有在案例1、案例3、案例4中,均认为A对Y的死亡具有故意,才能避免矛盾现象。

(2)根据具体符合说,行为人A开枪射击X时,只要没有导致X死亡,不管是否导致Y或者其他人死亡,其结局都只负杀人未遂的责任,这会导致罪刑不均衡。例如,A开枪射击X,但因为方法错误,导致C、D、Y、Z等多人死亡(案例5)。根据具体符合说的观点,对案例5中的A也只能认定为一个故意杀人未遂。这显然难以做到罪刑相适应。我国主张具体符合说的学者意识到了这一点,便解释道:“因为,按照我国刑法第23条第2款的规定,对未遂犯只是可以比照既遂犯从轻或减轻处罚(并不是应当从轻或者减轻处罚),这就意味着我们可能根据案件的具体情况,对未遂犯与既遂犯同样的处罚。这样,也不会出现对犯罪分子处刑过轻的不合理现象。”<sup>[23]</sup>言下之意,先将案例5中的A的行为评价为犯罪未遂,但处罚时按既遂犯对待。或者说,在定罪时评价为故意杀人未遂,但在量刑时评价为故意杀人既遂。这恐怕是自相矛盾的。在德国、日本,主张将A以杀人未遂论处,就是为了使A仅承担未遂的责任,从而得到减轻处罚。如果对A不减轻处罚,具体符合说便丧失了意义。反之,采取法定符合说的人,主张将A以杀人既遂论处,就是为了避免对A减轻处罚。所以,中国学者的上述观点,表面上采取了具体符合说,实际上采取的仍然是法定符合说。而且,根据中国学者的上述观点,只要想杀X的A客观上杀害了Y,均不从轻、减轻处罚,这便完全丧失了采取具体符合说的意义。

(3)根据具体符合说,行为人A在公共汽车上原本要扒窃身穿西服的X的钱包,因为方法错误事实上却扒窃了身穿夹克的Y的钱包时,对X成立盗窃未遂,对Y成立过失盗窃(案例6)。在德国、日本,由于刑法明文规定处罚盗窃未遂,故对于A的行为至少可以作为犯罪处理,就此而言,具体符合说的缺陷并不明显。可是,在我国,对盗窃未遂通常不处罚,过失盗窃

[22] 前田雅英,见前注[1],页54,200。

[23] 刘明祥:《刑法中错误论》,中国检察出版社2004年版,页181。

不可能构成犯罪,结局是 A 的行为无罪,这似乎不合理。采取具体符合说的人或许会提出两点反论:其一,我国刑法并没有禁止处罚盗窃未遂,相反根据刑法总则的规定原则上处罚盗窃未遂,因而对案例 6 中的 A 的行为仍能以盗窃(未遂)罪论处。其二,根据司法实践,对于盗窃未遂情节严重的,应以盗窃罪论处,可以认为案例 6 中的 A 的盗窃未遂情节严重,故应以盗窃未遂论处。但是,其一,虽然我国刑法并没有禁止处罚盗窃未遂,但根据犯罪的本质与司法实践,事实上只有情节严重的盗窃未遂才以犯罪论处,所以,其第一点反论并不成立。否则,必然导致处罚盗窃未遂的恣意性。其二,认为案例 6 中的 A 盗窃未遂情节严重,无非是考虑到了 A 窃取了 Y 的钱包的事实。但是,根据具体符合说的观点,A 对 Y 的钱包只是过失盗窃;可是,刑法并不禁止过失盗窃,故过失盗窃不能成为刑法的评价对象。倘若将盗窃未遂与过失盗窃综合起来,认定盗窃未遂情节严重,意味着将刑法并不评价的事实作为犯罪事实,这显然形成了间接处罚,违反了罪刑法定原则。<sup>[24]</sup>

再如,行为人 A 欲砍掉 X 的小手指,但因为行为差误,却砍掉了 Y 的小手指(案例 7)。根据具体符合说,A 对 X 成立故意轻伤未遂,对 Y 属于过失轻伤。在德国、日本,至少对 A 的行为能够以侵害身体罪(德国刑法第 223 条)或暴行罪(日本刑法第 208 条)论处。就此而言,具体符合说的缺陷也不明显。可是在我国,故意伤害尤其是故意轻伤的,均不处罚未遂,更不处罚过失轻伤害,刑法又没有规定侵害身体罪与暴行罪;倘若采取具体符合说,意味着 A 的行为不成立犯罪,这也难以令人赞同。如若以伤害未遂论处,也会形成未遂犯处罚的恣意性与间接处罚。

由此看来,在德国、日本或许不存在明显缺陷的具体符合说,在中国则可能存在明显缺陷。

(4)具体符合说主张,行为人的主观认识与客观事实(结果)具体地相符合,才对结果承担故意责任,但是,“具体”到何种程度,才承认其符合性,则是没有解决的问题。

例如,X 的左手与右手都提着自己的电脑时,A 原本想砸坏 X 左手的电脑,但因为方法错误而砸坏了 X 右手的电脑(案例 8)。具体符合说中的一种观点认为,此时因为对象不具有同一性,应否认 A 对 X 右手的电脑具有毁坏的故意(以对象的同一性为基准的学说)。于是,案例 8 中的 A 对 X 左手的电脑成立故意毁坏财物未遂,对 X 右手的电脑成立过失毁坏财物,结局不构成任何犯罪。<sup>[25]</sup>但是,在被害的法益主体相同的情况下,也认为 A 的行为无罪,似乎走向了极端,不利于保护法益。于是,具体符合说中的另一种观点认为,由于法益主体具有同一性,所以,依然认定 A 对 X 右手的电脑具有故意,进而认定 A 的行为成立故意毁坏财物罪既遂(以法益主体的同一性为基准的学说)。<sup>[26]</sup>

但是,倘若将案例略加改变,会发现具体符合说存在疑问。例如,X 的左手提着自己的电脑,右手提着 Y 的电脑(设定 X 只是 Y 的电脑的占有辅助者,而非占有者),A 原本想砸坏 X

[24] 参见张明楷:“结果与量刑——结果责任、双重评价、间接处罚之禁止”,《清华大学学报》(哲学社会科学版)2004 年第 6 期。

[25] 町野朔,见前注[18],页 242-244;(日)佐伯仁志:“故意·错误论”,载山口厚、井田良、佐伯仁志:《理论刑法学的最前线》,岩波书店 2001 年版,页 113-116。

[26] (日)西田典之:《刑法总论》,弘文堂 2006 年版,页 209;(日)山中敬一:《刑法总论 I》,成文堂 1999 年版,页 317-318。

左手的电脑,但因为方法的错误,砸坏了右手提着的Y的电脑(案例9)。根据具体符合说,A的行为便不可罚。因为法益主体不同,A对X左手的电脑成立故意毁坏财物未遂(不可罚),对X右手的电脑成立过失毁坏财物(不可罚)。但是,案例9与案例8,不仅在违法性上没有任何区别,行为人的故意内容也没有任何区别。而具体符合说却得出不同结论,难以令人赞同。

不仅如此,在行为人为了杀害多名政府官员而实施爆炸行为,但由于方法错误导致无辜民众死亡的情况下,具体符合说要么为了维持理论的一贯性,坚持认为行为人对无辜民众的死亡没有故意,要么为了得出合理结论而将“具体的符合”进行了一定的抽象化。但是,前者的结论明显不合理,后者已经不再是具体符合说了。

(5)如前所述,根据具体符合说,A误将Y当作X而杀害(对象错误)时,依然成立对Y的故意杀人既遂;而A原本想杀X,由于方法错误导致Y死亡时,对X成立杀人未遂,对Y成立过失致人死亡罪。但是,在对象错误与方法错误难以区分的场合,具体符合说会产生困惑。

例如,A以杀害X的目的,将毒酒送给X。但是,X没有喝。数月后,不知情的X的妻子将毒酒送给Y,Y饮酒后死亡。而A完全没有预想到对Y产生死亡结果(案例10)。又如,A想杀X,便将弹药安装在X的车上。但X的妻子Y意外地驾驶该车时,被爆炸身亡(案例11)。再如,A为了勒索财物,向X的办公室拨打恐吓电话,但接电话的是X的秘书Y,Y基于恐惧心理交付了财物(案例12)。在上述场合,行为人A所特定的“那个人”是X还是Y呢?持具体符合说得出的结论并不相同,有人认为上述三例中的A是对象错误,有人认为A是方法错误。事实上,在上述三例中,Y是否行为人A所特定的“那个人”,即A是否对Y成立故意杀人既遂或者敲诈勒索既遂,持具体符合说的人之间也存在重大分歧。<sup>[27]</sup>之所以如此,是因为具体符合说对法益主体的特定化基准并不明确。

我国刑法分则的细致规定,导致存在更多的难以区分对象错误与方法错误的情形。例如,行为人A捡拾了一张伪造的信用卡,但他却误以为是他人真实有效的信用卡而使用(案例13)。从客观上说,A实施的是“使用伪造的信用卡”的行为,但A并没有认识到其使用的是伪造的信用卡。从主观上说,A意图实施“冒用他人信用卡”的行为,但其客观上并没有冒用他人真实有效的信用卡。如果因此认定A的行为不成立犯罪,显然不合适。因为倘若A捡拾了一张真实有效的信用卡而使用,无疑构成信用卡诈骗罪,而当A捡拾了一张伪造的信用卡,在其认识到是他人真实有效的信用卡却没有认识到是伪造的信用卡而使用的情况下反而宣告无罪,这显然违反了刑法的公平正义性。我国刑法理论上常常没有将类似问题作为认识错误来处理,而只是讨论行为人所“冒用”的信用卡、金融票据等是否必须真实有效,<sup>[28]</sup>这可能偏离了问题的实质,因而难以解决问题。其实,对于上述问题,应当作为事实认识错误来解决。至于是对象错误还是方法错误,是很难界定的问题。如若采取具体符合说,就必须先区分是对象

[27] (日)浅田和茂:《刑法总论》,成文堂2007年补正版,页313-314;井田良、丸山雅夫,见前注[16],页122-123;(日)松宫孝明:《刑法总论讲义》,成文堂2004年版,页188-189。

[28] 刘华:《票据犯罪研究》,中国检察出版社2001年版,页177页;王明、康璞、杨克:“票据诈骗若干问题研究”,载赵秉志、张军主编:《中国刑法学年会文集(2003年度)——第二卷:刑法实务问题研究》(上册),中国人民公安大学出版社2003年版,页259;李文燕主编:《金融诈骗犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,页144。



错误还是方法错误,但结论必然因人而异,不利于案件的妥当处理。

(6)即使具体符合说能够提出区分对象错误与方法错误的合理标准,但司法实践中完全存在对于教唆犯而言属于方法错误,对实行犯而言属于对象错误的情况。在这种情况下,具体符合说必然得出不同结论,因而不可取。

例如,A以重金雇请B杀X,于是将X的照片交给B,并将X日常经过的场所告诉B,但B误将Y当作X予以杀害(案例14)。<sup>[29]</sup>在德国与日本,具体符合说产生了形形色色的观点:观点一:B的错误属于对象错误,对象错误并不阻却故意,故B构成故意杀人罪(既遂)。但对于A而言,则是方法错误。由于B没有着手实行杀X的行为,根据共犯从属性说,A不成立故意杀人的教唆犯;如果A对Y的死亡具有过失,则成立过失致人死亡罪的正犯。结局,A可能无罪。<sup>[30]</sup>观点二:A成立杀人未遂的教唆犯。因为B射杀Y的行为也是杀害X的未遂行为,而A教唆了杀害X的行为。<sup>[31]</sup>观点三:B的错误属于对象错误,B构成故意杀人罪(既遂)。由于A将实行计划委任于B,A对B的行为没有任何错误,故B的对象错误,相对于A而言也是对象错误,故A也成立故意杀人罪(既遂)的教唆犯。<sup>[32]</sup>观点四:按照B是否遵从了A的指示区分对象错误与方法错误。如果B没有遵从A的指示,则A是方法错误,结论与观点一相同;如果B遵从了A的指示,则A是对象错误,结论与观点三相同。就案例14而言,应认定B遵从了A的指示,故A属于对象错误。<sup>[33]</sup>观点五:如果B的错误对于A而言是可以预见的,则A负教唆既遂的责任;如果B的错误对于A而言是不可预见的,则A成立教唆未遂(不可罚)。<sup>[34]</sup>

在本文看来,上述观点一是具体符合说的当然结论,虽然具有理论的一致性,但其结论明显难以令人接受。观点二存在明显的缺陷:一方面,在X并不在场的情况下,认定B已经着手对X实行杀害行为,显然不妥当;另一方面,即使X在场,B对Y实施的既遂的杀人行为,难以同时被认定为对X的杀人未遂。观点三意识到了观点一的缺陷,得出了合理的结论,但其理论缺乏一致性。因为就案例14而言,认为A存在对象错误,即认为A误将Y当作X,是没有任何根据的。观点四与观点五既试图避免不妥当的结论,又试图维持理论的一贯性,可结局是,在认定A为方法错误时,得出的结论并不妥当;在认定A为对象错误时,缺乏理论的一贯性。而且,观点五已经偏离了错误论。

[29] 德国曾经发生的最具争议性的案件是:被告人B企图杀害自己的儿子S,但是又觉得自己“没有能力实施犯罪”,于是花钱雇请正犯实施杀害行为。为了不误伤他人,B向正犯讲述了S的习惯与相貌,并将S的照片交给正犯;正犯事前也见到了S(并没有完全记住S的相貌)。1985年11月25日晚上,正犯潜伏在马厩中(S习惯于穿过马厩回家),伺机杀害S。当时四周非常黑暗,大约19时许,身材与S很相似的邻居N进入了院子并且打开了马厩的门。正犯将N误认为S,从而在近距离枪杀了N(庄园继承人案)。

[30] (日)曾根威彦:《刑法总论》,弘文堂2000年版,页287;(日)堀内捷三:《刑法总论》,有斐阁2000年版,页288。

[31] Vgl., W. Joecks, Strafgesetzbuch; Studienkommentar, 3. Aufl., C. H. Beck 2001, § 26, Rn. 27; H. Jescheck / T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 690ff.

[32] 山中敬一,见前注[26],页316。

[33] (日)平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,页387。

[34] 德国联邦法院在上述庄园继承人案中,基本上采取了这种观点(BGHSt37,218)。

(7)具体符合说实际上导致错误论与故意论完全等同,而且与对抽象的事实错误的处理不协调。具体符合说的基本思路是:首先确定现实发生的具体结果是什么,然后判断行为人对该具体结果是否具有认识。如果有认识,则对结果成立故意犯;如果没有,则对结果不成立故意犯。于是,错误论与故意论完全一体化,而且不利于处理抽象的事实错误。

例如,行为人A为了毁坏X的照相机而投掷石块,但由于方法错误,导致石块击中X的摄影机(案例15)。根据真正的、彻底的具体符合说,首先确定现实发生的结果,即首先确定摄影机被毁坏的结果,然后考察和判断A是否认识到自己要毁坏X的摄影机。结论当然是没有。于是,A对照相机成立故意毁坏财物未遂,对摄影机成立过失毁坏财物,二者均不可罚。<sup>[35]</sup>显然,根据这种思路,就故意犯的成立而言,只需考察和判断行为人对现实发生的具体结果有无认识即可,错误论完全丧失了意义。更为重要的是,这种思路使构成要件丧失了类型化的作用。诚然,认定犯罪应当从客观到主观,先查清客观事实,再考察主观内容。但是,在查清客观事实时,必然以构成要件为指导,从构成要件意义上分析客观事实,而不是在确定了自然事实之后,考察行为人的主观内容。在案例15中,A的行为造成了X的摄影机的毁坏,之所以将其作为刑事案件,是因为摄影机属于刑法第275条所要保护的财物,既然如此,只要行为人在投掷石块时具有毁坏财物的故意即可。

再以抽象的事实错误(对象错误)为例。行为人A将X占有的财物误以为是Y的遗忘物而取走(案例16)。按照具体符合说的思路,首先确定现实发生的具体结果,即X占有的财物被盗,然后判断A是否认识到财物为X占有。如果有认识,就成立盗窃的既遂犯;如果没有认识,则不成立盗窃罪。在案例16中,A没有认识到是X占有的财物,所以不成立盗窃罪。但是,持具体符合说的学者们并不认为案例16中的A不构成犯罪,而是主张在二者重合的限度内成立犯罪。亦即,持具体符合说的学者们几乎一致认为,A的主观认识与客观事实在侵占(遗忘物)罪的范围内是重合的,故主张认定为侵占罪的既遂犯。因为侵占遗忘物与盗窃罪存在“共通构成要件”。<sup>[36]</sup>显然,具体符合说对具体的事实错误的处理与对抽象的事实错误的处理,是不协调的。因为在具体的方法错误的场合,不只是存在“共通构成要件”,而是存在“相同构成要件”。但持具体符合说的学者在具有“相同构成要件”的具体的方法错误的场合,不承认故意的既遂犯;而在仅有“共通构成要件”的抽象的事实错误的场合,反而承认故意的既遂犯。

#### 四、行为计划理论

关于具体的方法错误,德国刑法理论的通说为具体符合说。但是,由于具体符合说存在疑问与缺陷,有学者提出了中间学说。具有代表性的是罗克辛(Roxin)教授的行为计划理论。

罗克辛教授对故意与过失的区别采取了客观的意志说。他认为,应当从客观上判断某种心理状态是故意还是过失,如果从客观上进行评价得出的结论是,结果与行为人的计划相符

[35] (日)町野朔:“故意论と错误论”,《刑法杂志》1984年第26卷第2号,页240。

[36] 西田典之,见前注[26],页219;山口厚,见前注[4],页222。

合,则认定为故意;否则即为过失。例如,有意识地引起某种事故,认识到第三者或许会在事故中受到侵害,即使并不希望第三者受到侵害,也应认为行为人对第三者受侵害存在故意。反之,躺在宾馆床上吸烟的人导致火灾的,即使明知有发生火灾的危险,也不能认定有放火的故意。<sup>[37]</sup> 与之相适应,就具体的方法错误而言,罗克辛教授采取的行为计划理论认为,如果方法错误导致行为计划失败,就不成立故意犯罪既遂;反之,则成立故意犯罪既遂。例如,前述案例3,A以杀人故意对X开枪,但因为没瞄准,却打中了自己的女儿Y,对此不能认定为故意杀人既遂。因为A的错误导致其行为计划失败。再如,A出于恶作剧向过往行人扔雪球,可雪球没有击中所瞄准的X,而是击中后面散步Y的脸部(案例17),对此应认定故意伤害既遂。<sup>[38]</sup>

但是,本文认为,行为计划理论存在缺陷,不宜被我国刑法理论采纳。

首先,如何评价行为计划是否实现,缺乏明确标准。案例3的结果是导致行为人的女儿死亡,所以,明显不符合行为人的行为计划。当A向X开枪而击中并非A的女儿而是另一不相识的Y时,行为计划理论也认为结果不符合行为计划。而另一方面,对上述案例17而言,行为计划理论却认为行为计划没有失败,因为行为计划的实现,不依赖于被害人的身份。<sup>[39]</sup> 显然,死者与行为人的关系以及行为方式本身,影响了犯罪既遂与未遂的区分。根据行为计划理论,恐怖分子A深爱着自己的妻儿,但A以爆炸方法实施杀人行为时,因为方法错误,导致其妻儿死亡的(案例18),由于妻儿的死亡不符合恐怖分子的计划,恐怖分子对其妻儿的死亡仅承担过失责任。不能不认为,这是将伦理观念纳入刑法观念的表现,也是以自然意义的故意取代规范意义的故意的表现。

其次,罗克辛教授在解决方法错误问题时,提出根据行为人对一个标志性问题的回答,区分行为计划是否实现。这个标志性的问题是:“在行为人预见到会有方法错误时,他还会这样做吗?”显然,如果行为人的计划以具体的对象为前提,那么,他预见到会有方法错误时,不会这样做,故此时要采取具体符合说;反之,如果行为人的计划不以具体的对象为前提时,即使他预见到会有方法错误时,也会这样做,那么,此时要采取法定符合说。<sup>[40]</sup> 言下之意,行为人具有概括的故意时,采取法定符合说,认定行为人对结果承担故意犯罪既遂的责任;在行为人具有此外的故意时,采取具体符合说,认定行为人对结果不承担故意犯罪既遂的责任。但是,概括的故意与确定的故意以及不确定故意中的择一的故意、未必的故意没有实质区别。而行为计划理论却使二者产生了实质区别,因而缺乏合理性。

再次,行为计划理论导致有时以极为具体的对象同一性为基准判断行为人是否具有故意。例如,行为人A本想使用一种有毒物质使X丧失生殖力,但其使用的有毒物质不是使X丧失生殖力,而是使X双目失明(案例19)。根据罗克辛教授的观点,由于A的行为计划失败,故A对X的双目失明没有故意,充其量仅有过失(如无预见可能性则是意外事件);A对丧失生殖

[37] Claus Roxin,见前注[4],S. 365f.

[38] a. a. O. S. 439.

[39] a. a. O. S. 439f.

[40] a. a. O. S. 439f.

力则是未遂。<sup>[41]</sup> 考虑到德国刑法第 226 条的规定方式,罗克辛教授的观点或许具有合理性。但是,倘若在中国采取这一观点,所得出的结论大概不会得到认同。我国刑法第 234 条所规定的重伤害,既包括行为人仅有轻伤害的故意却过失造成了重伤害结果的情形(结果加重犯),也包括行为人以重伤害的故意造成重伤害结果的情形。例如,犯罪人 A 本想让目不识丁的证人 X 成为聋哑人而投放毒药,但所投放的毒药却导致 X 双目失明,依然可以作证(案例 20)。根据行为计划理论,A 对使 X 成为聋哑人成立未遂犯,对双目失明成立过失犯,这便造成了适用法律的困难。其一,如若认定 A 成立故意重伤未遂,难以为人们接受,因为 A 的行为已经造成了重伤结果;其二,倘若认定 A 成立过失致人重伤罪,更不能为人们接受,因为 A 具有造成重伤害的故意;其三,假若认定 A 有轻伤害的故意,但过失造成了重伤(结果加重犯),故仍然对重伤害(双目失明)承担责任,则明显不符合案件事实,因为 A 具有重伤害的故意;其四,即若认定 A 有重伤(使 X 成为聋哑人)的故意,并对重伤害(双目失明)承担过失责任,仍然不能确定如何适用法律;其五,设若认定 A 有重伤害(使 X 成为聋哑人)的故意,并对重伤害(双目失明)承担故意责任,才具有合理性。但这已不是行为计划理论的观点,而是法定符合说的结论。

最后,罗克辛教授承认,自己的行为计划理论是处于具体符合说与法定符合说之间的一种学说,而且在结论上与具体符合说更为接近。<sup>[42]</sup> 既然如此,本文前述对具体符合说的批判,也适用于行为计划理论中与具体符合说相同、相接近之处。

## 五、法定符合说

本文赞成法定符合说,即就案例 1 而言,行为人 A 主观上具有杀人(X)故意,客观上的杀人行为也导致他人(Y)死亡,虽然 Y 与 X 是不同的法益主体,但 Y 与 X 都是刑法第 232 条所规定的故意杀人中的“人”,所以,A 的主观故意与客观行为在故意杀人罪的犯罪构成内是完全一致的,因而成立故意杀人既遂。显然,法定符合说重视法益的性质,但并不重视法益主体的区别。换言之,法定符合说既重视 A 主观上是否有杀“人”的故意,也重视 A 客观上是否杀害了“人”,但主观上想杀的“人”与客观上被杀的“人”是否同一人,则在所不问。

毋庸赘言,采取法定符合说,可以避免具体符合说的缺陷。例如,就案例 1、案例 3 与案例 5 而言,认定 A 成立故意杀人既遂,符合社会的一般观念,有利于实现罪刑相适应的原则。再如,对案例 6 认定 A 成立盗窃既遂,对案例 7 与案例 19、案例 20 分别认定 A 成立故意轻伤既遂与故意重伤既遂,对案例 8、案例 9 以及案例 15 均认定为故意毁坏财物既遂,具有妥当性。又如,对案例 10 至案例 13,法定符合说还可以不严格区分对象错误与方法错误,并对行为人以故意犯罪既遂论处。还如,对共同犯罪的事实认识错误(如案例 14),以及针对恐怖分子实施的无差别的杀人、绑架等行为(如案例 18),法定符合说也可以得出妥当结论(案例 14 中的 A 成立故意杀人既遂的教唆犯,案例 18 中的 A 对其妻儿的死亡承担故意责任)。不仅如此,

[41] a. a. O. S. 435f.

[42] a. a. O. S. 439.

法定符合说具有其他方面的许多优点。

(1) 采取法定符合说,有利于平等地保护法益。当 A 意欲杀 X 时,即使造成 Y 死亡,或者同时造成 X 与 Y 死亡,均应认定为故意杀人既遂,从而使 X 的生命与 Y 的生命得到平等保护,而不致因为行为人的认识错误影响了刑法对被害人生命的保护程度。诚然,人的生命是一身专属法益,故意杀人罪中的“人”是具体的人,而不是抽象的人。但是,X 与 Y 都是具体的人,都是刑法的保护对象。具有杀人故意的 A,不管是造成 X 死亡,还是造成 Y 死亡,其违法性(对生命法益的侵害)没有区别。如果 A 的行为同时造成了 X 与 Y 的死亡,则违法性增大,在量刑上重于故意杀害一个人,也是理所当然的。显然,采取法定符合说,更有利于平等地保护人的生命与其他法益。

(2) 采取法定符合说,符合责任的本质,有利于实现刑罚目的。责任的本质是就符合构成要件的违法行为对行为人的非难。处罚不具备有责性的行为,不可能抑止在将来的同样状况下发生相同的“犯罪”行为(不存在预防犯罪的效果)。换言之,刑法通过对法益侵害行为的预告、制裁,使国民产生不犯罪的动机(对犯罪产生反对动机)。只有当国民能够产生不犯罪的动机,即只有当国民在行为的当时可以选择其他合法行为而不实施违法行为时,对犯罪的预防才是有效的。故意、过失是责任的两种形式,故意的非难可能性重于过失,对故意犯罪的预防必要性也大于过失犯罪。因为当行为人认识到了法益侵害事实时,就能够产生反对动机,其仍然实施该行为,就表明其积极侵害法益的态度;而当行为人对法益侵害事实具有认识的可能性还没有现实的认识时,仅具有产生反对动机的可能性,其依然实施该行为,只表明其对法益的消极不保护态度。一方面,行为人 A 故意向 X 开枪击中了 X,与行为人 B 故意向 X 开枪却击中了 Y 相比较,二者的责任非难程度是不应当有区别的。因为 A 与 B 不仅认识的事实相同,而且反对动机形成的可能性完全相同,合法行为的期待可能性也完全相同。在此意义上说,行为人对死亡结果是否具有故意,由其行为时的认识内容与意志内容决定,而不能事后确定。另一方面,采取法定符合说有利于禁止故意犯罪。亦即,对于以杀害 X 的犯罪故意开枪射击他人的行为人,即使其因为方法错误造成了 Y 死亡,对其预防必要性也未减少。如若采取具体符合说,对 B 以故意杀人未遂论处,便与其预防必要性不协调;采用法定符合说以故意杀人既遂论处,正好与预防必要性相适应。

(3) 采取法定符合说,能够合理区分正犯与狭义的共犯。例如,A 守在黑暗处准备杀害将要经过的 X,B 得知 A 的行为计划后,为了使自己的仇人 Y 死亡,便让 Y 经过 A 的守候地,A 以为 Y 是 X 而杀害了 Y(案例 21)。根据具体符合说,被害人是 X 还是 Y,在构成要件上具有重要区别,于是必然得出 B 是杀 Y 的正犯而不是从犯的结论。<sup>[43]</sup> 但根据本文采取的法定符合说,由于 A 支配了杀人的事实,因而是杀害 Y 的正犯。B 虽然导致 A 没有杀 X 而是杀害了 Y,但由于 Y 与 X 的生命具有等价性,均为故意杀人罪的对象,B 的行为对于杀“人”这一点没有起支配作用,故应认定 B 是从犯(共犯)。诚然,由于 A 已有杀人故意,故 B 不是 A 杀人的

[43] 有的认为 B 是(片面的)共同正犯(参见(日)山口厚:“实行行为と责任非难”,载三井诚等编:《铃木茂嗣先生古稀祝贺论文集》(上卷),成文堂 2007 年版,页 211 页);有的认为 B 是间接正犯(Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C. H. Beck 2003, S. 45)。

教唆犯。但是,由于A杀害Y只是对象错误,在行为当时,A就是要杀眼前的“那个人”(Y),而B将Y引诱至A的守候处,正可谓帮助A杀害了Y。

不可否认的是,法定符合说也面临着难题,因而也受到了批判。所以,采取法定符合说,需要回应来自具体符合说的批判。

(1)关于如何处理过剩结果与并发结果的问题。

例如,A本欲杀X,但因为行为差误,同时导致X与Y死亡的(案例22,此即所谓“过剩结果”),应如何处理?根据具体符合说,A对X成立故意杀人既遂,对Y成立过失致人死亡罪,这是很容易理解且能够接受的结论。但对于法定符合说而言,则成为难题。

对此,出现了两种解决路径:其一,认为案例22中不存在认识错误,因而不适用错误论。一方面,A本欲杀X客观上也杀害了X,当然成立故意杀人既遂;另一方面,A对Y的死亡完全是过失。但由于只有一个行为,故成立想象竞合犯,仅以故意杀人既遂论处,完全不需要适用错误理论。<sup>[44]</sup>但本文不采取这种路径。因为A以杀X的故意同时导致X与Y死亡时,完全属于主观认识与客观事实不一致的情形,当然属于认识错误,应当适用错误论解决问题。其二,适用错误论解决过剩结果与并发结果现象。法定符合说中的数故意说认为,A对X与Y都成立故意杀人既遂;一故意说则认为,以一个故意(杀X的故意)杀死X、Y二人时,只成立对X的故意杀人既遂和对Y的过失致人死亡罪,因为对X的杀害目的已实现,对Y的死亡结果属于过剩结果,不能用故意去说明,只能认定为过失。然而,一故意说在实践上与理论上都存在缺陷。从实践上看,一故意说对问题的解决存在不合理之处。例如,A意欲杀X,但射击的一发子弹导致X受伤和Y死亡(案例23,此即所谓“并发结果”或“并发事实”),根据一故意说,A首先对Y成立故意杀人既遂,由于只有一个故意,对X只成立过失致人伤害罪,这明显不合适。从理论上讲,一故意说的理论根基是,在案例23中,A对X的杀人故意,在法定符合的范围内可以转用于Y。于是,A是否对Y成立故意杀人既遂,不是故意的内容本身的问题,而是能否通过错误论将A对X的杀人故意转用于Y的问题。<sup>[45]</sup>换言之,在一故意说看来,错误论是故意论的例外,而不是故意论的反面,这是本文难以赞成的。所以,本文采取数故意说。就案例22而言,A对X与Y均成立故意杀人既遂,但由于只有一个行为,故成立想象竞合犯,以一罪论处。就案例23而言,A对X成立故意杀人未遂,对Y成立故意杀人既遂,由于只有一个行为,以一个故意杀人既遂论处。

西田典之教授对数故意说作了如下批判:

数故意说认为,甲想杀乙时,对杀害行为产生的与杀害行为具有(相当)因果关系的一切死亡结果或者死亡危险均有故意。由于这样的处理被批评为违反责任主义,于是,数故意说主张,对数个故意犯作为观念的竞合,按照科刑上一罪处理,并不违反责任主义。但是,现在,判例的量刑行情是,如果杀害3人原则就判处死刑。如果甲分别杀害3人,作为并合罪,当然判处死刑。再者,投掷一枚炸弹,同时杀害3人时,由于只有一个行为而属

[44] (日)福田平:《刑法解释学の诸问题》,有斐阁2007年版,页43。

[45] (日)福田平:《刑法解释学的主要问题》,有斐阁1989年版,页90。

于观念的竞合,也能选择死刑。但是,甲只想杀害乙而开枪,而导致预想外的丙、丁死亡时,就不能作为观念的竞合而判处死刑。因为只有一个故意却对3人的死亡承担责任,是违反责任主义的。因此,根据数故意犯说作为观念的竞合处理,尽管是权宜之计,也是违反责任主义的。<sup>[46]</sup>

但是,在我国,采取数故意说并不意味着案例22中的A成立数个故意杀人罪,而是按想象竞合犯以一个故意杀人罪论处。就此而言,并不违反责任主义。另一方面,在量刑时,对故意杀人罪的量刑,并不是单纯取决于被害人的数量。责任的轻重,对于量刑有重大影响。事实上,案例22中作为想象竞合犯的杀害数人,与故意杀害数人的同种数罪,在责任上存在明显区别,因而量刑时应区别对待。例如,在我国,倘若在量刑实践上对于故意杀害二人以上的,判处死刑立即执行,那么,对于基于方法错误而导致二人以上死亡的想象竞合犯,则不宜判处死刑立即执行。

(2)关于法定符合说的理论一致性问题。

西田典之教授还指出:

法定符合说批判道,如果不认可客体的抽象化,那么,例如,A向X的汽车投掷石块,却击中和毁坏了Y的汽车时(案例24——引者加),就是毁坏财物未遂和过失毁坏财物因而不可罚,这是不当的。但是,倘若A向X的汽车投掷石块,却击中旁边的Y导致Y死亡时(案例25——引者加),论者也认为,只是不可罚的毁坏财物的未遂与过失致人死亡。倘若旁边是Y的汽车就承认有故意,倘若旁边是Y本人就否定故意,这在理论上是不一致的。<sup>[47]</sup>

本文认为,上述批判不足以说明法定符合说存在理论的不一致性。首先,这里存在构成要件符合性的判断问题。在案例24的场合,根据法定符合说,按照从客观违法性到主观有责性的判断顺序,A实施了毁坏Y的汽车(财物)的行为,其主观上毁坏X的汽车的故意,使得我们可以将客观行为与结果归责于他,所以,对A应认定为故意毁坏财物既遂。但是,在案例25的场合,虽然客观事实符合故意杀人罪的客观构成要件,但是,由于A不具有杀人的故意,也不能将其毁坏财物的故意作为故意杀人罪的主观归责根据,故只能认定为过失致人死亡。其次,反过来说,就案例24与案例25而言,A都只有毁坏(X的)汽车的故意,根据法定符合说,只要汽车被毁坏,就成立故意毁坏财物罪,而不过问被毁坏的是X的汽车还是Y的汽车。反之,如果汽车没有被毁坏,刑法也不处罚毁坏财物未遂,那么,当然不成立故意毁坏财物罪。案例24中的A客观上毁坏了(Y的)汽车,所以成立故意毁坏财物既遂;案例25中的A客观上没有毁坏(Y的)汽车,当然不成立故意毁坏财物既遂。换言之,在A实施毁坏X的汽车的行为时,若X的汽车旁边是Y的汽车,并毁坏了Y的汽车,当然成立故意毁坏财物既遂;若X的汽车旁边是Y本人,即使导致Y死亡,也不成立故意毁坏财物罪。可见,法定符合说没有不一

[46] 西田典之,见前注[26],页207。

[47] 西田典之,见前注[26],页208。

致之处。采取具体符合说的论者似乎认为,法定符合说只有在案例 25 中也得出 A 成立故意毁坏财物既遂或者故意杀人既遂的结论,才具有理论的一致性。但是,倘若得出 A 成立故意毁坏财物既遂或者故意杀人既遂的结论,则是抽象的符合说的观点。<sup>[48]</sup>法定符合说所要求的是主观认识与客观事实在同一构成要件内的符合,因而不同于抽象的符合说。在案例 24 中,主观认识与客观事实在同一构成要件内相符合,在案例 25 条中,主观认识与客观事实不是同一构成要件内的符合,当然应得出不同结论。最后,案例 24 属于具体的事实错误,而案例 25 属于抽象的事实错误。法定符合说并不是认为只要主观认识与客观事实抽象地符合即可,而是要求在同一构成要件内符合。因此,由于案例 24 属于同一构成要件内的符合,故认定为故意毁坏财物罪的既遂;由于案例 25 不存在同一构成要件内的符合,故既不认定为故意毁坏财物罪的既遂,也不认定为故意杀人罪的既遂。就此而言,法定符合说具有理论上的一致性。

反过来的情形也是如此。例如,A 本欲杀害 X 而向 X 砸石块,但由于方法错误,砸坏了 X 身旁的 Y 的汽车(案例 26)。根据具体符合说与法定符合说,A 对 X 成立故意杀人未遂,对 Y 的汽车成立过失毁坏财物因而不可罚。具体符合说的论者也就此批判法定符合说缺乏一致性。但是,就案例 26 而言,法定符合说得出上述结论,完全与其理论相一致。由于 Y 的汽车被毁坏,不能评价为人的死亡,故 A 不成立故意杀人既遂(在故意杀人的构成要件内没有符合)。另一方面,由于 A 对 X 的杀人故意,不能评价毁坏财物的故意,所以,对 A 不能认定为故意毁坏财物既遂(在故意毁坏财物罪的构成要件内也没有符合)。

那么,对于法定符合说而言,为什么在 A 想毁坏 X 的汽车却砸坏了 Y 的汽车时,成立故意毁坏财物既遂,而在 A 想毁坏 X 的汽车却砸死了 Y 本人时,反而不成立故意毁坏财物仅成立过失致人死亡罪,导致结论与具体符合说相同呢?这是因为,与具体符合说一样,法定符合说也要求主观认识与客观事实在同一构成要件内相符合,所以,行为人 A 所认识的法益与其客观上侵害的法益必须相同。法定符合说与具体符合说的区别在于,后者要求行为人 A 认识的法益主体与客观上遭受侵害的法益主体相同,而前者不要求相同。所以,在 A 想毁坏 X 的汽车却砸坏了 Y 的汽车时(如案例 24),由于法益相同,但法益主体不同,故法定符合说主张成立故意毁坏财物既遂,而具体符合说主张故意毁坏财物未遂与过失毁坏财物(均不可罚)。而在 A 想毁坏 X 的汽车却砸死了 Y 本人(如案例 25)或者相反(如案例 26)时,由于 A 主观认识的法益与客观行为侵害的法益不同,并没有在同一构成要件内相符合,因而得出了与具体符合说相一致的结论。

此外,平野龙一教授在回应法定符合说对具体符合说的批判时指出:

对于具体的法定符合说,也有人以在毁坏财物等场合会产生不合理的结论为由进行批判。例如,A 想损坏 X 的车而投掷石块,但没有投中 X 的车,而是砸坏了停在边上的 Y 的车,根据具体的法定符合说,A 对 X 的车是毁坏未遂,对 Y 的车是过失毁坏,但由于在现行法上二者均不可罚,结局是 A 不受处罚。这是不当的。是否不当是处罚感觉的问

[48] 即使是抽象的符合说,也不会认为案例 25 中的 A 成立故意杀人既遂,只会认为 A 成立故意毁坏财物既遂。



题,但既然现行法既不处罚毁坏未遂也不处罚过失毁坏,就可以说具体的法定符合说的不可罚的结论是符合法的趣旨的。至少不能说存在必须排斥具体的法定符合说的程度的不合理性。再者,在类似的场合不可罚的情形也还存在。例如,以为是人而开枪但打中物的场合,除极为例外的场合以外,并不成立杀人未遂,故结局也是不可罚的。如果说这种场合与上述砸车的场合相比,哪一个更不合理,显然是这种场合更不合理。可是,尽管如此,采取(抽象的)法定符合说的人,不得不说这是立法上的不完备。但是,如果在上述砸车的场合,由于结论不合理,而主张应认定对Y的车具有毁坏的故意,那么,在这种人与物的场合,却不说对毁坏财物具有故意,这是不一致的。<sup>[49]</sup>

然而,A误以为是X本人而以杀人故意砸石头,结局是砸坏了Y的汽车的(案例27),属于对象错误。根据具体符合说与法定符合说,如果Y的汽车旁边根本没有人,A的行为成立不可罚的不能犯与过失毁坏财物(不可罚),结局A无罪。这并不是法定符合说的理论矛盾,而是因为案例27中没有杀人的实行行为,A的主观认识与客观事实没有在同一构成要件内相符合,故得出了上述与具体符合说相同的结论。

显然,法定符合说与具体符合说具有相同点,即都要求主观认识与客观事实在同一构成要件范围内相符合,既然如此,二者就可能就某些案件得出相同结论。所以,不能因为法定符合说就部分案例得出的结论与具体符合说得出的结论相同,就认为法定符合说存在矛盾。

### (3)关于法定符合说的基本立场问题。

持具体符合说的学者对法定符合说提出了另一批判:一般的社会伦理规范是不得杀一般的人;而故意杀人罪的构成要件,是“杀具体的人”、“杀那个人”,而不是“杀抽象的人”、“杀一般的人”,即有关故意杀人罪的规范是不得杀具体的人。“杀人罪的规范,是在行为人将要着手杀人的实行行为阶段才起作用的,此时的规范,不是以‘不得杀一般的人’的这种一般形态表现出来的,而是以行为人正在认识的结果发生的‘不得杀那个人’的形式起作用的。抽象的法定符合说对规范的理解,混淆了社会伦理规范与刑法规范。”<sup>[50]</sup>

但本文认为,这一批判难以成立。其一,所谓“一般的社会伦理规范是不得杀一般的人”,并不是指社会伦理规范禁止杀抽象的人,也是指社会伦理规范禁止杀任何具体的人。刑法关于故意杀人罪的规定也是禁止杀任何具体的人,而不是仅禁止杀害行为人所认识的那个人。在这一点上,社会伦理规范与刑法规范并无区别。诚然,刑法的目的不是保护伦理,而在于保护法益。但是,“应当说,伦理规范、刑法规范,只要是由来自于社会的需要,在原理上就具有同样的构造。亦即,伦理规范、刑法规范自身并没有价值,而是其所保护的对象具有一定的价值,才具有存在的理由。于是,在以保护一定的利益为目的这一点上,刑法与伦理并不相互排斥。”<sup>[51]</sup>对杀人的禁止便是如此。其二,“构成要件是抽象的、类型的东西,只要在法定的实行行为的范围内认定符合性就够了,这是构成要件论的归结。在此之上要求具体的符合,有否认

[49] 平野龙一,见前注[17],页5-6。

[50] 佐伯仁志,见前注[25],页107-108。

[51] 西田典之,见前注[26],页30。

构成要件论之嫌。”<sup>[52]</sup>所以,法定符合说与刑法规定的构成要件相吻合,而不是根据社会伦理规范处理方法错误。

## 六、结 论

错误论是故意论的反面,所以,具体符合说与法定符合说的争论,实际上是对故意的认识内容的争论,是对主观认识与客观事实的“符合性”程度的争论。客观构成要件具有类型性,所以,必须以客观构成要件为指导归纳案件的客观事实;客观构成要件具有故意的规制机能,因此,故意的成立只需要认识到符合客观构成要件的事实,而不要求对刑法上没有重要意义的事实具有认识。换言之,只要行为人所认识的事实与现实发生的事实是符合同一构成要件的事实,就必须对现实发生的事实承担故意责任。这正是法定符合说的结论。

在某种意义上说,具体符合说与法定符合说表现为如下对立:责任论是应尽可能结果无价值化,还是应对故意这样的责任要素作行为无价值性的思考?站在结果无价值论的立场,违法性理当是客观的。但是,这并不意味着只能对故意责任进行事后判断。由于行为人在行为时已经认识到或者可能认识到法益侵害事实时,就具有形成反对动机的可能性,所以,可以容纳事前的视点从行为人的角度考察责任要素。换言之,就责任非难的层面来说,行为人主观认识的结果与现实发生的结果之间的差异,并不影响对行为人的责任非难,因而这种结果的差异并不重要。<sup>[53]</sup>这也是法定符合说的结论。

[52] 大谷实,见前注[20],页184。

[53] 前田雅英,见前注[1],页247-248。